

Como citar esse artigo:

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Os principais julgados do Ministro Luís Roberto Barroso - Ação Penal 470**. In: Estudos em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Larissa Pinho de Alencar Lima (coord.) Curitiba: Juruá, 2020. p. 175. ISBN: 978-65-5605-182-6 Site da Editora: <https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=28588&pag=2>

Os principais julgados do Ministro Luís Roberto Barroso

- AÇÃO PENAL 470 -

José Laurindo de Souza Netto¹

“Mas o momento de decisão é um momento solitário. A nós cabe, no meio da turbulência das paixões, encontrar o ponto de equilíbrio”

Luís Roberto Barroso

RESUMO

O trabalho versa sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso proferido na Ação Penal de nº 470. Na decisão examina-se o cabimento ou não de Embargos Infringentes ante a pré-existência de 4 votos favoráveis à absolvição, bem como sua vigência, uma vez que cogitada sua revogação em razão de a Lei nº 8.038 de 25.05.1990 – que institui normas sobre determinados processos perante o Superior Tribunal Federal - não fazer menção alguma ao cabimento de qualquer recurso contra decisão proferida pelo Tribunal em ação penal originária.

1. INTRODUÇÃO

A Ação Penal 470 tratou do conjunto de crimes que veio a ser conhecido como “Mensalão”. Foi um dos maiores escândalos políticos da história brasileira, já pródiga em polêmicas, e abalou as estruturas republicanas ao revelar um gigantesco esquema de compra de votos de parlamentares. Segundo BARBOSA (2007), a denúncia iniciada pela Procuradoria Geral da República revelava *“uma sofisticada organização criminosa (...) que se estruturou*

¹ Desembargador. 2º Vice-Presidente do TJPR. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós-doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação - Capes. É professor da Escola da Magistratura do Paraná sendo coordenador científico de cursos de formação inicial e continuado para Magistrados junto a Emap, Coordenador Regional da Escola Nacional da Magistratura (ENM). Autor de livros e diversos artigos jurídicos publicados em revista nacionais e internacionais. Palestrante e conferencista no Brasil e no Exterior. Email: jln@tjpr.jus.br

profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude. ”. O esquema se deu através do conluio de membros do Governo Federal com empresários que abasteciam, todos os meses, propina para parlamentares de diversos partidos, de forma a garantir o apoio destes deputados aos projetos propostos pelo governo, num evidente desprezo pela lei e pelo princípio basilar da separação entre os poderes. Tratam-se de violações tão graves que ensejam dúvida, inclusive, sobre os projetos de lei aprovados na época, dado que não se pode asseverar com exatidão o que foi votado legitimamente e o que foi fruto da negociata entre os envolvidos no esquema.

A tramitação da ação Penal 470 foi, portanto, marco relevante na história brasileira, não apenas para o Poder Judiciário, mas essencialmente para a política nacional e suas necessárias implicações sobre a sociedade. Seu julgamento foi o mais longo da história do Supremo Tribunal Federal, atravessando dezenas de sessões plenárias, deliberando sobre mais de 30 réus e resultando em mais de 50 mil páginas de documentos processuais. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, nomeado e confirmado ao STF quando o julgamento já se encontrava em andamento, a Ação Penal 470 cumpriu papel de *catarse* para a política brasileira, pois seu resultado, mais do que a condenação de pessoas, significaria *a condenação de um modelo político, aí incluídos o sistema eleitoral e o sistema partidário*.

Os desdobramentos dos crimes tratados na AP 470 foram múltiplos, tanto na seara criminal quanto nos vários projetos de combate à corrupção elaborados desde então. A consequência mais importante, no entanto, foi a definitiva quebra de confiança da população na política, o que gerou muitos impactos relevantes nos anos subsequentes e gestou as renovadas manifestações populares verificadas de 2010 em diante, que levaram milhões de brasileiros às ruas em protestos contra a corrupção e o aparelhamento do Estado por projetos criminosos de poder. Nesse sentido, como referenciado pelo ministro Barroso, o povo passou a condenar não apenas as práticas criminosas, mas também todo o sistema político que serviu como pano de fundo a elas, gerando profundas mudanças na forma de se fazer e pensar a política no Brasil, em efeitos que ainda estão sendo sentidos. Coube ao Judiciário, portanto, o enfrentamento da questão em meio às paixões exacerbadas do momento, como ressaltado pelo ministro Barroso em seu voto, buscando o equilíbrio e a serenidade diante de um dos maiores turbilhões políticos já enfrentados pelo país.

2. NECESSIDADE DE REFORMA POLÍTICA

Em sua primeira intervenção na Ação Penal 470, o ministro Barroso aproveitou para introduzir seus pensamentos acerca da situação política do país. Segundo ele, a forma de fazer política no país resta ultrapassada, pois é permeada por diversos problemas crônicos que somente seriam solucionados mediante extensiva reforma: incapaz de interpretar e responder aos anseios da sociedade, a atual conjuntura política estaria fadada ao seu fim.

De acordo com o ministro, a necessidade premente de reforma deveria atacar os principais problemas existentes no modelo político vigente no país. O primeiro problema relevante seria a centralidade do dinheiro na política: com campanhas cada vez mais caras, os candidatos acabam focando, necessariamente, nas vultosas exigências financeiras vistas como necessárias para a obtenção de um cargo eletivo. Segundo o ministro, com uma média de 4 milhões de reais de custo, uma campanha para deputado federal revela a imensa exigência financeira enfrentada por quem porventura venha a candidatar-se; dessa forma, o interesse público acaba sendo deixado de lado em prol da busca e captação de recursos, o que, por si, fomenta a procura por meios ilegais de financiamento de campanha, num ciclo vicioso que perpetua facilidades para atuações criminosas. A despeito da mitigação deste problema com a aprovação de uma série de leis que visam a coibir o abuso econômico eleitoral, estas leis atacaram o ponto menos relevante do problema, sendo ineficazes para coibir as milionárias campanhas televisivas veiculadas a cada pleito eleitoral (RIZEK, 2016).

O segundo problema relevante mencionado por Barroso seria a *irrelevância programática* dos partidos brasileiros, que, hoje, servem apenas para a sustentação de candidaturas e para a obtenção tanto de maiores recursos do fundo partidário quanto de um maior número de minutos nos horários eleitorais obrigatórios; sua função precípua, a de representar diferentes camadas e visões políticas numa democracia, se perdeu em prol de uma pasteurização generalizada que torna difícil diferenciar programaticamente os maiores partidos, dado seu foco ter se tornado única e exclusivamente a incessante busca pelo poder e a satisfação de seus próprios interesses (OSTROGORSKY, 2018)

O terceiro problema apontado pelo ministro Barroso é a dificuldade de formação de maiorias políticas estáveis, o que dificulta sobremaneira a implementação de políticas coesas ou agendas eleitas: a cada votação, se impõe a necessidade de uma nova rodada de negociações

e alianças políticas que se formam por conveniência de momento ou por troca de favores, amputando a governabilidade de quem quer que tenha sido eleito para o Poder Executivo na ocasião; nesse sentido, para que fosse eficaz, uma reforma política teria que entregar *“condições estabilizadoras da ordem jurídico-institucional que pressupõem, além da coerência das decisões estatais (...), uma relação politicamente bem-intermediada entre bases sociais, representação partidária e processo decisório”* (RANIERI, 2001).

As propostas do ministro Barroso, portanto, passam pela proposição de uma reforma política que foque verdadeiramente nas raízes dos problemas apontados, valorizando eleições mais baratas, partidos políticos verdadeiramente autênticos e ferramentas para auxiliar a formação de maiorias políticas que possam quebrar a estagnação e a obstrução verificadas de forma tão constante no Poder Legislativo brasileiro. Segundo o ministro, a solução não deve se basear apenas na penalização aos crimes político-eleitorais: deve, acima de tudo, servir para realizar uma efetiva mudança a nível estrutural. A Ação Penal 470 foi importante, portanto, para mostrar que a Justiça pode sim alcançar a todos, inclusive aqueles que, em altos escalões do poder, fizeram uso pernicioso da máquina pública para financiar seus desígnios pessoais. A corrupção na esfera política brasileira data de longo tempo e independe de partido ou de ideologia, devendo ser fortemente combatida, seja contra quem for; esse combate, no entanto, será apenas paliativo se as verdadeiras reformas não forem realizadas, reformas não apenas na legislação eleitoral e na forma de se fazer política, mas também nas *atitudes privadas*. Afinal, como ressalta o ministro, *as instituições públicas são um reflexo da sociedade* e, para que seja possível alterar a sociedade, cabe a cada um *fazer a sua autocrítica, a sua própria reflexão pessoal, e ver se não é o caso de promover em si a transformação que deseja para o país e para o mundo*.

3. CABIMENTO DOS EMBARGOS

Os embargos infringentes são ferramenta para contestação e possível impugnação de decisões nas quais tenha havido discordância entre os julgadores, sendo, portanto, oponível àquelas decisões não-unâнимes tomadas em colegiado. Sua origem remonta ao direito português do período colonial, quando, já no século XV, se previa nas Ordenações Afonsinas a hipótese de estabelecimento de novo colegiado, com novos julgadores, quando a decisão

alcançada não fosse unânime (SOARES, 2005). Com algumas alterações, esse sistema se manteve por séculos, atravessando as Ordenações Manuelinas e Filipinas, revelando o caráter de busca por consenso do direito português moderno, manifestado ao longo de todos os códigos lusitanos do período: seja exigindo um colegiado diferente do original para julgar os recursos, seja exigindo maiorias qualificadas para a tomada de determinadas decisões, tais ferramentas gozaram de importante papel no ordenamento jurídico luso ao longo dos tempos (CRUZ E TUCCI, 2010).

Este recurso, no entanto, passou a perder relevância a partir dos códigos portugueses promulgados em fins do século XIX, até 1926, quando primeiro se admitiu que somente seriam oponíveis caso a decisão tivesse sido tomada por maioria simples, previsão finalmente eliminada no código promulgado em 1939 (ARAGÃO, 1973).

Apesar de seu desaparecimento no direito português, o instituto se manteve no direito brasileiro, mesmo após a sua desvinculação dos códigos lusitanos, sendo incorporado ao Direito Penal pela Lei 1.720-B/1952, que estabeleceu, no parágrafo único do Art. 609 do Código de Processo Penal, que

“Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”²

A despeito de sua previsão no Código de Processo Penal se limitar aos julgamentos de apelações e recursos em sentido estrito, a ferramenta passou a ser prevista também em questões de competência do Supremo Tribunal Federal, sendo incluída em sucessivos Regimentos Internos da Corte ao longo de toda a segunda metade do século XX, com sua última redação se dando na Emenda Regimental nº2, de 1985. Cabe ressaltar que, entre 1977 e 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº7, que alterou a Constituição de 1969, o STF passou a dispor de prerrogativa para incluir em seu Regimento disposições sobre *“o processo e o julgamento dos feitos da sua competência originária e recursal”*.

Com a promulgação da Constituição Federal de 88 e o rol de novas leis que a seguiram, particularmente a Lei 8.038/90, a prerrogativa de dispor sobre matéria processual foi retirada do STF e transferida ao Poder Legislativo, em consonância com o espírito que permeou

² BRASIL. Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941, art. 609, parágrafo único.

a nova Constituinte, de viés fortemente democrático-participativo. Ainda assim, no entanto, as disposições regimentais estabelecidas pelo Supremo no período pré-88 não foram revogadas, o que constitui um dos principais argumentos do ministro Barroso em favor do cabimento dos embargos infringentes: em respeito aos princípios basilares de Direito, entende-se que lei e norma legitimamente instituídas jamais se presumem automaticamente revogadas; a verdade reside justamente no oposto, pois sempre se assume que, mesmo que abarcada por novo ordenamento jurídico, caso não haja disposição em contrário, a norma anterior continua dotada de pressupostos de validade e eficácia (BOBBIO, 2014). Este entendimento se encontra cristalizado no art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que *“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”*.

De acordo com o ministro, as emendas regimentais do STF, as discussões sobre o art. 333 do Regimento do Tribunal – que contém a previsão dos Embargos Infringentes – e o debate legislativo que culminou na Lei 8.038/90 nunca demonstraram qualquer intenção de revogação da possibilidade dos embargos, o que reforça a noção de que ainda seriam normas dotadas de validade, ponto fortalecido ainda em 1998, quando proposta de supressão dos Embargos Infringentes foi rejeitada na Câmara dos Deputados: isso mostra que não apenas a norma ainda era considerada válida, posto que se elaborou projeto de lei para a suprimir, como também continuou sendo vigente, dado que a proposta de supressão foi rejeitada.

O ministro Barroso discorre especialmente sobre os argumentos contrários ao cabimento dos embargos infringentes, tanto sobre a possibilidade de restarem revogados quanto sobre a impossibilidade de uma mesma Corte julgar recursos oriundos de ações originárias de sua própria competência. Nesse sentido, o entendimento dos ministros vencidos na ocasião estabelecia que a Lei 8.038/90, ao determinar quais seriam os recursos cabíveis em processos de competência originária, não teria incluído no rol os Embargos Infringentes, o que comprovaria que, já àquela altura, tais Embargos não eram mais cabíveis (STRECK, 2012). Além disso, a sua aplicação em ações originárias violaria a própria função do instrumento, de propiciar o reexame das decisões proferidas por colegiados fracionários dos Tribunais, posto que, no STF, o mesmo colegiado julgador da decisão em ação originária seria responsável também pelo julgamento do recurso, esvaziando o seu sentido teórico e legal. Ademais, o STF seria, também, o único Tribunal brasileiro a admitir esta modalidade de recurso contra decisões

proferidas pelo seu colegiado, dado que mesmo o Superior Tribunal de Justiça não admitiria embargos infringentes em ações originárias de sua competência.

Um dos argumentos mais relevantes contra o cabimento, no entanto, veio do ministro Joaquim Barbosa, relator da ação, segundo o qual os embargos resultariam no indesejado efeito de *eternizar a ação penal*, numa questão que não seria meramente jurídica, mas essencialmente social, pois a sociedade brasileira demandava resposta rápida e efetiva contra o imenso descalabro julgado pela AP 470; nesse sentido, a preocupação do ministro Barbosa possuía cunho profundamente hermenêutico, que, enquanto válido para o ministro Barroso, precisou ser sopesado, para este julgamento, junto a outros princípios.

Considerados insuficientes para rebater os méritos estabelecidos, os argumentos contrários ao cabimento dos Embargos foram analisados e rebatidos um a um com extensa argumentação e intenso cuidado pelo ministro Barroso, reforçando ainda mais as razões lógico-argumentativas e jurídicas de seu posicionamento. Reforçando que a Lei 8.038/90, ao instituir um rol taxativo de recursos possíveis, não excluiu ou relegou à ilegalidade os Embargos Infringentes, o ministro afirma que não houve, com a aprovação da Lei, revogação do sistema vigente, pois o mesmo artigo do Regimento Interno do STF que prevê os Embargos foi atualizado ao longo dos tempos e muito após a promulgação da Lei, o que comprova que esta parte do Regimento continuava em vigor, fato ressaltado ainda pelas várias concessões de Embargos Infringentes realizadas pelo próprio STF ao longo dos anos e após a Lei 8.038/90, facilmente comprováveis mediante análise da jurisprudência do Tribunal.

No que tange ao Recurso ser julgado pelo mesmo colegiado que tratou da ação originária, o ministro afirma que essa sempre foi a regra estabelecida pelo próprio Regimento Interno do STF, dado que a competência, dentro do Tribunal, é sempre do Plenário, num sistema concebido exatamente desta forma, bastando apenas um voto vencido para que haja a interposição do Recurso; independentemente da concordância ou discordância com esta ferramenta processual, portanto, a regra que a estabeleceu foi pensada e aprovada desta forma, sendo ela ainda vigente e devendo, portanto, ser respeitada. Segundo o ministro, esse procedimento é distinto daquele do Código de Processo Penal, que estabelece que os embargos se aplicam apenas aos recursos em sentido estrito e às apelações, sendo descabido questionar, portanto, a diferença entre a prática do STF e a teoria delimitada pelo CPP, pois os embargos previstos e discutidos nesta decisão não são oriundos do Código, mas sim do Regimento Interno do Supremo.

Sobre o STJ não prever a possibilidade dos Embargos Infringentes, a argumentação do ministro segue a lógica temporal: tendo o Superior Tribunal de Justiça sido estabelecido após a promulgação da Constituição Federal de 88, não há como regulamentar, em seu regimento, questões de disciplina processual, posto que, quando o Tribunal foi criado, tais questões já eram de competência do Poder Legislativo. A competência do STF nesta questão, por sua vez, decorre de norma já instituída anteriormente, que não foi suprimida ou revogada pela nova ordem constitucional estabelecida após 1988.

Negando, ainda, a suposta *eternização* da Ação Penal 470 alegada pelo Ministro Barbosa, Barroso reconhece a necessidade do reconhecimento das questões sociais que sustentaram a preocupação do ministro relator, afirmando, porém, que essa necessidade não pode se sobrepor ao direito dos acusados de interpor recursos previstos legalmente, dado que o princípio do devido processo legal deve ser respeitado tanto quanto os outros. No caso em comento, especificamente, apenas 11 dos acusados poderiam manejar os Embargos Infringentes e, de qualquer maneira, em apenas três dos casos seria afastado o regime inicial fechado. O panorama geral, portanto, praticamente não se alteraria e os réus teriam, dessa forma, seus direitos respeitados.

A legitimidade do voto do ministro Barroso a favor do cabimento dos Embargos Infringentes é reforçada pelas suas posições coerentes com a Justiça e com o devido processo legal, especialmente quando se constata que, ao final de seu voto, o ministro se declara exausto do processo, em consonância com o sentimento da população brasileira, que se encontrava farta de toda a situação e da espetacularização midiática que cercou o episódio. Ao invés de negar os recursos para meramente acelerar o trâmite da mais longa ação já julgada pelo Supremo, no entanto, o ministro foi fiel ao seu papel de defesa da Constituição, reconhecendo o cabimento dos embargos como um direito legal dos acusados. Alinhado ao restante de suas intervenções na AP 470, Barroso evidencia uma busca pela Justiça através do bom Direito, tratando diligentemente a tramitação da Ação Penal como um capítulo determinante para a história brasileira, capítulo este que precisava ser superado e usado como exemplo de mudança. Destaque-se, aqui, a sua lição em defesa do estado democrático de Direito, garantindo, em respeito ao princípio do devido processo legal, *“que o direito de 11 pessoas não seja atropelado pelo interesse de milhões”*.

4. CUMPRIMENTO IMEDIATO DAS PENAS

No que tange ao cumprimento imediato das penas, o ministro Barroso deixou clara a sua posição em voto nos segundos embargos de declaração. Demonstrando – já em suas primeiras intervenções como membro da Corte – uma linha que seguiu e ainda segue ao longo de sua atuação no Supremo, o ministro evidenciou que o cumprimento imediato da pena, mais do que necessidade, se impõe como medida de igualdade.

A tradição no Direito Penal brasileiro, segundo Barroso, é a de prender condenados por pequenos crimes e ignorar condenados por ilicitudes vultosas, numa reprodução de um *sistema de castas*. Seu apelo, aqui, encontrará eco em outras de suas decisões: clamando por um sistema penal justo e igualitário, que leve igualmente o peso da Justiça aos criminosos grandes e pequenos, o ministro ressalta que, mesmo não sendo entusiasta da pena de prisão, sua necessidade se impõe em determinadas situações, dado o papel preventivo do Direito Penal.

Nesse sentido, o *garantismo penal* não seria, para o ministro, a defesa da impunidade ou o acúmulo irrestrito e indiscriminado de direitos ao indivíduo que praticou o ato criminoso: seria, antes, o direito à ampla defesa e à igualdade de condições, sendo todos os cidadãos igualmente submetidos à lei. Assim, se mesmo após a ampla oportunidade de defesa e contraditório e com embasamento em processos investigativos hígidos o indivíduo for condenado nas duas instâncias previstas no ordenamento legal brasileiro, a punição deve ser aplicada. O devido processo legal, para Barroso, não significa a infinitude do processo ou o direito infinito de recorrer: significa, na verdade, que o processo seguiu à risca as regras delimitadas pela lei.

Ao votar desta forma, o ministro evidencia a sua interpretação dos princípios constitucionais, que ficará mais evidente quando do voto do HC 126.292, em 2016. Para ele, seguindo os ensinamentos de ALEXY (2014), quando há colisão de princípios – como verificado no caso da prisão após condenação em segunda instância, em que colidem, principalmente, os princípios da presunção de inocência e de proteção aos bens jurídicos e direitos fundamentais –, estes princípios devem ser sopesados para que se atinja o *resultado ótimo* diante da situação fática, ou seja, para que a decisão corresponda à realidade e à comunidade de princípios (DWORKIN, 2010), gerando os resultados pretendidos e impactando positivamente a realidade. Sendo assim, para o ministro, o princípio da presunção de inocência encontra-se – após oportunidade de ampla defesa, investigações hígidas e condenação em duas instâncias – consideravelmente diluído, principalmente devido ao fato de que eventuais

recursos após a condenação em segundo grau de jurisdição serão usualmente incapazes de alterar significativamente a situação do réu. Dessa forma, cabe ao julgador analisar os impactos da sua decisão sobre a sociedade, de forma a evitar, tanto quanto possível, a imposição de efeitos nefastos ao mundo real, numa aplicação hermenêutica do Direito (MAXIMILIANO, 2017), interpretando a norma não apenas como letra fria de lei, mas como texto que trará impactos positivos ou negativos à realidade, sendo necessário, então, consubstanciar a norma ao mundo dos fatos (ÁVILA, 2016).

Seguindo esse raciocínio, o ministro Barroso vota pelo cumprimento imediato das decisões, numa lógica que busca não apenas o cuidado na análise e no trato com a realidade – pois, afinal, aquilo que o julgador decide possui impactos no mundo real –, como também segue o raciocínio da Justiça – a verdadeira Justiça, igualitária, que submete todos ao peso da Lei e não discrimina entre um réu e outro, cumprindo o papel preventivo do Direito Penal e contribuindo para reparar, assim, a *marca lastimável* da desigualdade Penal ainda vigente no país.

5. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Em seu voto a favor do acolhimento dos Embargos Infringentes, o ministro Barroso evidencia sua profunda decepção com o estado de coisas no Brasil. Seu ânimo em prol da busca por uma reforma política que resolva as principais questões apontadas por ele no início de sua participação na AP 470, quais sejam, o alto custo das eleições, a pasteurização dos partidos e a dificuldade na formação de maiorias consistentes, não foi acompanhado pelo Poder Legislativo. Sendo assim, na altura da votação pelo acolhimento dos Embargos, nenhuma movimentação havia sido feita por nenhum dos Poderes para solucionar as importantes questões que se colocaram em debate após o escândalo julgado pela Ação Penal 470. A perspectiva e o prognóstico, àquela altura, não se revelavam animadores: a imobilidade da política e sua cegueira quanto à necessidade de mudanças significava a perpetuação de um modelo “*que não atrainha vocações, que não mobiliza a juventude, (...) diluído no argentarismo e na criminalidade política*”.

Tendo o julgamento originário se dividido quanto à configuração ou não do crime de formação de quadrilha, a defesa dos acusados manejou Embargos Infringentes. O principal questionamento, na situação enfrentada pelo ministro Barroso, tratava da dosimetria da pena,

dada a identificação de uma desproporção entre a pena-base deste crime e as penas impostas pelos outros crimes pelos quais os réus foram condenados.

Nesse sentido, seguindo o critério trifásico da pena teorizado por HUNGRIA (1958) e cristalizado no art. 68 do Código Penal, segundo o qual a pena se calcula em três estágios – pena-base, circunstâncias atenuantes e agravantes, causas especiais de diminuição e aumento –, o ministro Barroso afirma que o erro na dosimetria teria sido cometido no primeiro estágio, com um cálculo desproporcional da pena-base, estabelecida próxima de seu limite antes mesmo da análise de quaisquer agravantes ou atenuantes, chegando, em todos os casos citados no voto, a um percentual de aumento incompatível com o mero estabelecimento de pena-base e sendo consideravelmente discrepante entre os diferentes réus que, condenados com base no mesmo conjunto de elementos, possuíam penas radicalmente diferentes entre si e em relação à jurisprudência do próprio STF.

Para o ministro, essa exacerbação das penas teria se dado meramente com o fim de evitar a sua prescrição, dado que, como estabelece o art. 109 do Código Penal, penas inferiores a 2 anos prescrevem no prazo de 4 anos (NUCCI, 2014); na questão em comento, do recebimento da denúncia à condenação se passaram quase 6 anos, o que invariavelmente resultaria na prescrição do crime de formação de quadrilha caso a dosimetria não tivesse sido exagerada. Sendo assim, de acordo com Barroso, a reforma das penas por esse crime em específico se fez necessária, dada a *exacerbação seletiva* verificada no caso, de forma a trazer, aí o respeito à justa medida da pena e à jurisprudência estabelecida pela Corte.

O acolhimento dos Embargos Infringentes pelo ministro Barroso, nesse caso, se fez necessário para a correção do erro cometido na dosimetria e para o reconhecimento de que, fosse a pena-base calculada de forma justa, o crime de formação de quadrilha já estaria prescrito. Se trata, segundo o ministro, de evitar uma desproporção objetiva e injurídica, cumprindo o preceito constitucional da proporcionalidade da pena, dado que a atribuição de um crime não pode servir meramente para acrescentar um *adicional punitivo* aos crimes já constatados, mas sim para punir, de acordo com a Lei, aqueles forem legitimamente condenados em concordância com os princípios basilares do Direito Penal.

6. INDEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA

Em agravo regimental interposto pela defesa de José Genoino contra decisão do relator de sua Execução Fiscal, a defesa alegava que o agravante sofria de graves problemas cardíacos e que, portanto, deveria ser autorizado a cumprir sua pena em prisão domiciliar por razões humanitárias. Essa previsão legal é aplicada quando é comprovada a condição precária de saúde do apenado, sendo uma das hipóteses de prisão domiciliar previstas para o regime semiaberto, de acordo com o art. 117 da Lei de Execução Penal (LAZARINI, 2007).

Em seu voto sobre a questão, o ministro Barroso procurou seguir sua já tradicional linha de busca pela igualdade, evitando exceções e respeitando as regras e a Lei vigentes. Segundo ele, das várias avaliações médicas oficiais requisitadas pela defesa e pela própria Corte, a enfermidade do agravante, apesar de exigir o uso contínuo de medicamentos, não constituía gravidade suficiente para gerar quaisquer alterações na continuidade do regime semiaberto ao qual o agravante foi condenado. Em seguidas avaliações, foi constatada também a ausência de agravamento das condições do apenado, que se mantinha satisfatoriamente estável e dotado de condições para prosseguir no cumprimento regular da pena.

Sendo assim, o ministro opta por valorizar a isonomia garantida aos cidadãos na Constituição, ressaltando que, por lamentáveis que sejam as condições do agravante, elas não o colocam em patamar diferente de outros detentos que sofrem de situações semelhantes ou piores e que, ainda assim, continuam a cumprir regularmente suas penas. Ao se permitir ao agravante a prisão domiciliar, se abriria uma exceção que, invariavelmente, não seria aplicável a todos os indivíduos que padecem dos mesmos problemas, rompendo o princípio basilar da igualdade. Dessa forma, o ministro Barroso, mantendo a coerência de suas decisões e prezando pela valorização aos princípios basilares da Constituição, votou por indeferir o pedido de prisão domiciliar, observando, ainda, que o agravante se encontrava já próximo da progressão do regime semiaberto para o regime aberto.

7. DEFERIMENTO DE DIREITO AO TRABALHO EXTERNO

Em agravo regimental interposto por José Dirceu, condenado na AP 470, a defesa se insurgiu contra decisão do relator da Execução Penal, que indeferiu pedido de trabalho externo formulado pelo apenado. Nesse sentido, os principais argumentos do relator versavam sobre a necessidade de cumprimento mínimo de pena para a concessão do benefício, a suposta

inidoneidade da proposta oferecida pelo empregador privado, e a desnecessidade de realização, em instituição privada, de serviços que o condenado já realizava na unidade prisional.

Em seu voto, o ministro Barroso rebateu as razões do relator, mantendo sua postura isenta na aplicação da lei, evitando tratamento desigual ou exceções, independentemente do réu a ser julgado. Uma das principais controvérsias da questão trata da necessidade de cumprimento mínimo de pena para que o apenado possa realizar trabalho externo, sendo que existem entendimentos diferentes acerca desta questão. No STJ, por exemplo, é consolidado o entendimento – não despedido de polêmicas, diga-se – de que o condenado ao regime semiaberto não precisa cumprir uma parcela da pena para a autorização do benefício. Esta postura leva em consideração não apenas a realidade fática do país, com um grande número de encarcerados, mas principalmente a necessidade de reintegração do condenado à sociedade (SILVEIRA, 1973).

Nesse sentido, a possibilidade de concessão imediata de trabalho externo ao apenado em regime semiaberto não é reconhecida apenas pela jurisprudência vastamente estabelecida pelo STJ, como também por grande parte dos doutrinadores, que entendem ser desnecessário o cumprimento de parcela da pena nesses casos (BITENCOURT, 2018), seja por entendimento puramente doutrinário, seja por reconhecerem a precária situação do sistema carcerário brasileiro (NUCCI, 2014).

Para o ministro, os próprios dispositivos legais dão ensejo à interpretação defendida por ele, principalmente de acordo com a lógica da progressão de regime, sendo a admissibilidade do trabalho externo uma das regras do regime semiaberto, de acordo com o art. 35 do Código Penal. Trata-se de benefício que não pode, consequentemente, ser concedido ao preso em regime fechado. Daí advém uma decorrência lógica: para o preso em regime fechado ter concedido o benefício a si, precisa progredir de regime; se os já condenados ao semiaberto não pudessem gozar do benefício, não faria sentido, então, que o condenado ao regime fechado precisasse prosseguir de regime para poder gozar do benefício.

Quanto à suposta idoneidade da proposta do empregador, afirma o ministro que, ao contrário do disposto na decisão do relator, restavam preenchidos os requisitos que autorizavam o trabalho externo na instituição em comento. Rebatendo o argumento de haveria vedação legal ao trabalho em entidades privadas, Barroso ressalta que as limitações previstas na Lei de Execução Penal se voltam aos presos em regime fechado, que, caso envolvidos em trabalho para fins de redução de pena, só podem fazê-lo em obras públicas. Não seriam,

portanto, limitações aplicáveis ao trabalho externo permitido em regime semiaberto, principalmente quando considerada a realidade fática, que comprova o baixo número de obras e trabalhos públicos disponíveis à imensa quantidade de apenados no país. Havendo poucas unidades do sistema prisional preparadas para atender a contento o regime semiaberto e sua permissão para trabalho externo, portanto, não faria sentido impor, aos apenados a este regime, as mesmas limitações colocadas aos presos em regime fechado.

Quanto à desnecessidade de o condenado supostamente realizar em entidade privada o mesmo trabalho que desempenhava no sistema prisional, o ministro afirma não ser possível traçar um paralelo entre o trabalho informal, realizado na prisão, e uma ocupação com *finalidade educativa e produtiva*, como consta no art. 28 da Lei de Execução Penal. Sendo assim, não haveria óbice ao trabalho externo do apenado nas condições e na entidade dispostas no pedido, dado que o trabalho a ser desempenhado atenderia plenamente, de acordo com o plano traçado, a função estabelecida na Lei, contribuindo com a reinserção do indivíduo na sociedade.

10 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. .2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ E TUCCI, J. R.; AZEVEDO, L. C. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**, v. 1. ed. 17. São Paulo: Editora Forense, 2006. GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson. **Comentário ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAZARINI, Pedro Neto. **Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas**. 1. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2005.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Embargos infringentes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal - Parte especial**. 2010. ed. Valencia.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código Penal Comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OSTROGORSKY, Moisei. **Democracy and the Organization of Political Parties**. Abingdon: Routledge, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal: doutrina; casuística; conexões logísticas com vários ramos do direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v. 2. ed. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 36, jul-set/2001, p.135-161.

RIZEK, Fernanda Montenegro de Menezes. RISEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Marketing político X legislação eleitoral**. In: CAGGIANO, Monica H. S. Direito eleitoral em debate - estudos em homenagem a Cláudio Lembo, p. 141/166, São Paulo: RT, 2013.

SILVEIRA, Alípio. **Prisão-Albergue: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Editora Eud, 1973.

SOARES, Marcelo Negri. **Embargos Infringentes: Apelação, Ação Rescisória e Outras Polêmicas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

STRECK, Lênio. **Não Cabem Embargos Infringentes no Supremo**. In: Revista Consultor Jurídico, ago/2012.